

¿Por qué hay que proteger los derechos de los niños?

Los derechos de los niños desde las teorías morales basadas en derechos

M^a DEL CARMEN BARRANCO AVILÉS

Profesora Titular de Filosofía del Derecho Universidad de Alcalá

1. INTRODUCCIÓN

El 20 de noviembre de 1989, la Asamblea General de Naciones Unidas, aprueba la *Convención sobre los derechos del niño*, que constituye el primer instrumento jurídico-internacional en la materia de carácter vinculante y, además, adopta un punto de partida muy distinto al de otros documentos sobre los niños: hay una referencia expresa al niño como titular de derechos.

Efectivamente, la primera gran sorpresa cuando se contemplan los listados y enumeraciones de instrumentos relativos a los menores, es que muy raramente los textos de Derecho positivo contienen derechos de los niños y, por el contrario, es frecuente que referencias a la ‘protección’ o a la responsabilidad aparezcan en los títulos de las normas. En los últimos años, además, exigencias relacionadas con la infancia se asocian a la realización de los *Objetivos de desarrollo del milenio*¹.

Esta escasa presencia jurídica de los derechos de los niños puede deberse a tres

razones, cuya pertinencia me propongo analizar en lo sucesivo. La primera explicación posible es que los niños sean titulares de los mismos derechos que los adultos, de modo que se considera que las normas que amparan a los mayores de dieciocho años frente a vulneraciones en sus derechos, amparan también a quienes aún no han alcanzado esta edad. Si adoptamos esta perspectiva, únicamente es necesario articular mecanismos jurídicos específicos allí donde la regulación general, dada las peculiaridades concretas que puede tener el ejercicio de derechos por parte de los niños, sufre excepciones (por ejemplo, relacionadas con la representación).

Otra explicación posible, más pesimista, tiene que ver con que quizá también en relación con los niños tenga sentido señalar algunas de las insuficiencias del modelo sobre el que se construyen nuestros sistemas de derechos, insuficiencias que, por ejemplo, han sido en buena parte desveladas en relación con los derechos de la mujer. Si el punto de partida es este otro, será necesario incidir en la necesidad de articular derechos específicos de los niños, así como desarrollar técnicas de protección de estos

¹ Ver, al respecto, MARTÍNEZ OSÉS, P., *Objetivos del Milenio. ¿Se puede acabar con la pobreza?*, PPC, 2005.

derechos siempre y cuando los niños y las niñas no encuentren un suficiente respeto de su dignidad.

Por último, sería posible también imaginar un contexto en el que los niños no se consideren igualmente dignos que los adultos. Esta situación, permitiría justificar que las medidas en torno a la infancia no se articulasen técnicamente como medidas de derechos humanos. Desde este punto de vista, los 'derechos de los niños' tratan de proteger al adulto que el niño llegará a ser o se derivan de obligaciones que los adultos tienen para con los niños². En este caso, el niño no es digno en tanto tal, sino en tanto constituye un adulto en potencia.

Antes de presentar con cierto detenimiento cada una de estas cuestiones, quisiera hacer explícito algunos de los presupuestos que constituyen el punto de partida de las páginas que siguen y que tienen que ver con el concepto de derechos humanos que maneja su autora.

2. DERECHOS HUMANOS Y DERECHOS DE LOS NIÑOS

Como es bien sabido, el de los derechos humanos constituye uno de esos conceptos a propósito de los cuales no hemos logrado articular un consenso en nuestro ámbito cultural. En buena medida, este hecho suele achacarse a la indudable carga emotiva que se asocia a la expresión³, pero también al carácter histórico de la noción misma. Es posible, sin embargo, identificar algunas notas que se asocian al uso del tér-

mino y que lo hacen reconocible en nuestra cultura.

De este modo, en el presente trabajo se parte de un concepto conforme al cual hablar de derechos humanos supone esgrimir exigencias éticas de dignidad que pretenden acomodo en el derecho positivo⁴. Esta acotación implica, por una parte, que no basta con la calificación jurídica para poder discutir con sentido de derechos humanos y, por otro lado, que no todas las exigencias éticas pueden constituir 'derechos humanos', porque no todas son susceptibles de realización jurídica.

2.1. Los derechos como exigencias éticas de dignidad

Así pues, los derechos humanos se presentan, en primer lugar, como instrumentos a través de los cuales se asegura que los hombres sean tratados con dignidad. Una de las posibles explicaciones de las escasas referencias a los 'derechos de los niños' en documentos jurídicos, cabe encontrarla en el modo en el que históricamente ha sido construida la titularidad de los derechos y que, precisamente, tiene que ver con el modo en el que se ha entendido que se garantiza que los hombres sean tratados con dignidad.

Efectivamente, el concepto de derechos humanos se vincula a teorías de la jus-

² Significativamente, O'NEILL, O., "Los derechos de los niños y las vidas de los niños", en FANLO, I. (comp.), *Derechos de los niños Una contribución teórica*, Fontamara, México, 2004, pp. 77-106.

³ Sobre éste y otros problemas de la expresión, ver BARRANCO AVILÉS, M.C., *El Discurso de los Derechos. Del problema terminológico al debate conceptual*, Dykinson, Madrid, 1996.

⁴ Esta toma de postura se suele denominar 'dualista'. Para una mejor comprensión de su significado, ver ASÍS ROIG, R. DE, *Sobre el concepto y el fundamento de los Derechos: Una aproximación dualista*, Madrid, Dykinson, 2001. Un desarrollo más en profundidad del concepto de derechos de la autora en BARRANCO AVILÉS, M.C., "El concepto de derechos humanos", en RAZ, J.; ALEXY, R.; ASÍS ROIG, R. DE; ROXIN, C.; ANSUÁTEGUI ROIG, F.J.; ATIENZA, M.; BARRANCO, M.C.; MUÑOZ CONDE, F.; RODRÍGUEZ GAONA, R.; VELÁSQUEZ, J.; VARGAS GONZÁLEZ, P.; ESCUDERO IRRRA, S., *El Derecho Contemporáneo*, Universidad Autónoma del Estado de Hidalgo, 2004, pp. 165-200.

ticia basadas en ideales igualitaristas⁵. La igualdad es una exigencia que se deriva del reconocimiento de la 'común humanidad' de los titulares de derechos. Sin embargo, a pesar del consenso sobre la igualdad como un componente ineludible de las teorías de los derechos humanos, en el contexto de estas mismas teorías no siempre ha estado claro quiénes deben ser considerados iguales.

Por ejemplo, la *Declaración Universal de Derechos Humanos* comienza proclamando que "todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos", pero esta tajante afirmación sólo puede ser aceptada como cierta si establecemos algunas restricciones. Por un lado, la igualdad en dignidad y derechos únicamente puede considerarse descriptiva desde un punto de vista formal, por otro lado, los considerados *hombres* y, por tanto, merecedores de igual dignidad y derechos han sido, durante mucho tiempo, exclusivamente los 'varones' adultos económicamente independientes.

A lo largo de la historia, los procesos de generalización y especificación⁶ se construyen como una sucesión de respuestas frente a esa incoherencia entre la proclamación formal de la igualdad y la efectiva situación de desigualdad. El proceso de generalización supone la extensión de la 'ciudadanía' a algunos que antes sólo eran 'hombres' y a algunas que ni siquiera tenían esta condición. El proceso de especificación se produce cuando se comienzan a tomar en consideración situaciones en las que la desigualdad material de los individuos pertenecientes a

determinados grupos (mujeres, mayores, niños...) impide el disfrute efectivo de los derechos reconocidos. En lo que ahora me interesa, pues, entiendo que ambos procesos permanecen inacabados en relación con los niños.

2.2. Los derechos como 'derechos subjetivos'

Desde el punto de vista de su reconocimiento jurídico, además, en nuestra cultura se añade un rasgo adicional a ese concepto mínimo de derechos antes indicado. Efectivamente, se suele considerar que los derechos fundamentales⁷ se diferencian, jurídicamente hablando, de los otros derechos, porque están dotados de una especial resistencia⁸. De algún modo se puede decir que el carácter fundamental les viene dado a los derechos por la especial conexión que mantienen con la dignidad, en su vertiente ética, así como por su resistencia, en su vertiente jurídica.

Por otro lado, además, tradicionalmente los derechos han venido configurándose como 'derechos subjetivos'. El origen histórico de la Filosofía de los derechos se confunde con el origen histórico de las concepciones liberales de la política. En el liberalismo los derechos se presentan como ámbitos en los que se trata de proteger al individuo frente a intromisiones arbitrarias del Estado y de otros sujetos. De esta forma, los derechos pueden representarse como barreras que protegen una esfera

⁵ GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI, J., *Autonomía, dignidad y ciudadanía. Una teoría de los derechos humanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 83

⁶ BOBBIO, N., "El tiempo de los derechos", *El tiempo de los derechos*, trad. R. de Asís, Debate, Madrid, 1991, pp.97-112, p. 109

⁷ Utilizo aquí derechos fundamentales para hacer referencia al concepto jurídico de esa categoría que en el lenguaje natural y en el Derecho internacional se denomina derechos humanos. Ver, BARRANCO AVILÉS, M.C., *El Discurso de los Derechos. Del problema terminológico al debate conceptual*, Dykinson, Madrid, 1996, p. 77.

⁸ PRIETO, L., "Consecuencias de la constitucionalización de los derechos", *Estudios sobre derechos fundamentales*, ob. cit., pp. 111-120.

de privacidad y libre disposición dentro de la cual el titular es 'soberano'. De modo usual, la atribución de un derecho supone la posibilidad del individuo de poder exigir a otros sujetos el cumplimiento de los deberes que aseguran el ejercicio de las facultades amparadas por el derecho en cuestión. En este momento de la exposición, además, resulta pertinente hacer referencia a la polémica en torno al significado del 'derecho subjetivo'⁹ y a en qué forma ésta condiciona la posibilidad de atribuir derechos a los niños en el mismo sentido en el que se atribuyen derechos a los adultos.

Efectivamente, entre los juristas ha resultado recurrente la polémica a propósito del sustrato sobre el que se configuran los derechos subjetivos. De este modo, se discute si mediante esta técnica se protege una voluntad o un interés¹⁰. En sus formulaciones actuales, se suele adoptar, como punto de partida, la tesis de que los derechos subjetivos (también cuando éstos son 'fundamentales') confieren relevancia tanto a un interés cuanto a la voluntad del titular, de modo que la discusión entre las llamadas teorías de la voluntad o la capacidad y las llamadas teorías del interés o del beneficiario se refiere al elemento predominante.

Las teorías de la voluntad, son las más coherentes con el modelo liberal en cuyo contexto surge, como he señalado, la idea

de derechos. Estas teorías, aparecen en dos versiones. En la primera de ellas, que podemos denominar formal, el papel otorgado a la voluntad se refiere a la posibilidad de decidir si se accionan los mecanismos que el Derecho dispone para la protección del bien jurídico sobre el que se construye el derecho. Esta concepción del derecho subjetivo, ha sido frecuentemente criticada desde dos aspectos que tienen que ver con las teorías de los derechos humanos: la inalienabilidad y la universalidad.

El primer bloque de críticas obedece a que en algunas de las fundamentaciones los derechos se presentan como indisponibles, con lo que quedan hasta cierto punto fuera de la capacidad de control del titular. El argumento en contra de la teoría de la voluntad parte de la defensa de la inalienabilidad de los derechos: si los derechos son inalienables, no comprenden la facultad de renuncia a su titularidad¹¹.

El segundo, más relevante a nuestros efectos, incide en que esta caracterización de los derechos humanos como derechos subjetivos dificulta hablar de derechos de aquellos que se encuentran incapacitados para controlar los mecanismos de protección, y éste es el caso de los niños –cuando menos de los niños pequeños–. En definitiva, si se considera que, en última instancia, los derechos confieren a su titular el control sobre ciertas garantías que protegen el ejercicio de su voluntad en el ámbito delimitado por el derecho, es difícil pensar en

⁹ Ver esta polémica en mayor profundidad en BARRANCO AVILÉS, M.C., *La teoría jurídica de los derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid, 2000, pp. 273-283.

¹⁰ CAMPBELL, T.D., "The rights of the minors: as person, as child, as juvenile, as future adult", *Children, Rights and de Law*, ed. Ph. Alston, S Parker, J. Symour, Clanedon Press, Oxford, 1992, pp. 1-23. Existe traducción al castellano en FANLO, I. (comp.), *Derecho de los niños. Una contribución teórica*, Fontamara, México, 2004, pp. 107-141.

¹¹ En la doctrina española es comúnmente admitida la posibilidad de renuncia al ejercicio de los derechos fundamentales, en este sentido se distingue la renuncia a la titularidad y la renuncia al ejercicio, en mi opinión, el control que el derecho otorga al titular se refiere a esa posibilidad de ejercer o no ejercer el derecho y a la circunstancia de que si decide ejercerlo su opción debe ser amparada por el Ordenamiento.

derechos de personas que carecen de autonomía.

Pero también existe una versión sustancial de las teorías de la voluntad. En ellas se presupone que la voluntad es el bien jurídico protegido mediante la atribución del derecho subjetivo. Desde esta otra versión se mantiene que "todos los derechos están materialmente basados en la presunción del valor preeminente de los elementos distintivamente racionales de la naturaleza humana"¹². Pues bien, las teorías de los derechos humanos suelen vincularse a este tipo de reflexión¹³, dificultando la posibilidad de equiparar los niños a los adultos como titulares de derechos, dado que, titulares, por excelencia, serán los sujetos capaces de autodeterminación y en la medida en que posean esta capacidad. El hecho de que no exista capacidad de elección o de que ésta esté disminuida supone la inexistencia o la reducción del objeto para cuya protección se constituye el derecho. Llevada a sus últimas consecuencias, puede suponer que no sean titulares de derechos aquellos sujetos cuya autonomía aparezca disminuida por condiciones materiales (relaciones de subordinación, carencia de información...) con lo que el argumento podría construirse afirmando que, puesto que el objeto que los derechos tienden, en última instancia a proteger, es la autonomía, carecerán de derechos quienes no estén dotados de autonomía. En esta versión, los derechos sólo podrían conferirse a los niños en tanto que 'futuros' adultos, esto es, en tanto en cuanto estén orientados a una correcta adquisición de autonomía por parte del niño.

¹² CAMPBELL, T. D., "Los derechos del niño en tanto que persona, niño, joven, futuro adulto", ob. cit., p. 113.

¹³ Ver, por ejemplo, NINO, C.S., *Ética y derechos humanos*, Ariel, Barcelona, 1989.

En este contexto, algunos autores han incitado a la revisión del concepto de derecho subjetivo, subrayando la importancia del interés como fundamento del derecho para hacer la teoría compatible con el establecimiento de sistemas de derechos de los niños¹⁴. De este modo, según MacCormick, "adscribir a todos los miembros de una clase C un derecho al trato T es presuponer que T es, en circunstancias normales, un bien para cada miembro de C, y que T es un bien de tal importancia que sería incorrecto denegárselo o despojar de él a cualquier miembro de C"¹⁵. En la versión de Raz, "X tiene un derecho si y sólo si X puede tener derechos o, de otra forma, un aspecto del bienestar de X (su interés) es una razón suficiente para colocar a

¹⁴ Ver MACCORMICK, N., "Los derechos de los niños: una prueba para las teorías del derecho", *Derecho legal y socialdemocracia*, trad. M.L. González Soler, Tecnos, Madrid, 1982, pp. 129-137. WELLMAN, C., *An approach to Rights. Studies in the Philosophy of Law and Morals*, Kluwer Academic Publishers, Dordrecht, 1997, pp. 85-104, subraya la dificultad de hacer compatible la teoría de la voluntad con la afirmación de que los niños tienen derechos, desde estas teorías la respuesta coherente es que los niños no tienen derechos morales, sino que los adquieren gradualmente en función del desarrollo de sus capacidades como agentes morales autónomos (p. 17). En relación con el tema que nos ocupa, BALLESTEROS, J., y LUCAS, J. de, "Sobre los límites del principio de disidencia", *El fundamento de los derechos humanos*, ed. G. Peces-Barba, Debate, Madrid, 1989, pp.87-95, p. 89, señalan que las teorías de la voluntad "dejan sin resolver problemas tales como el fundamento de los derechos humanos de aquellos que no tienen tal capacidad de expresión de la voluntad (por ejemplo, niños o dementes), los derechos irrenunciables o inalienables, la existencia o constitución de los derechos (y su fundamento) respecto a las facultades o prerrogativas que hacen posible su ejercicio, etc."

¹⁵ Ver "Rights in Legislation", *Law, Morality and Society. Essays in honour of H.L.A. Hart*, ed. P.M. S. Hacker y J. Raz, Oxford University Press, 1977, pp. 189-209, pg. 204.

alguna otra persona(s) bajo un deber”¹⁶. Desde las teorías del interés o del beneficiario los derechos se justifican porque a través de ellos se intentan garantizar determinados intereses o bienes. Se dice, por tanto, que alguien tiene un derecho porque su interés resulta satisfecho por el hecho de que a otros sujetos se les atribuya un deber. Titulares serán, desde esta perspectiva, los titulares de los intereses que el derecho protege, con independencia de a quién corresponda ejercitar las acciones correspondientes para su defensa. Como veremos, las teorías del beneficiario o del interés, se alejan de algunos de los presupuestos del liberalismo sobre el que se construyen las teorías de la capacidad. Fundamentalmente, para estas teorías, en ciertas ocasiones, la determinación de los intereses del titular de derechos corresponde a instancias ajenas al mismo.

2.3. Republicanismo, liberalismo y derechos de los niños

Hasta aquí la idea de derechos se ha asociado a una única técnica de protección, sin embargo, el concepto jurídico de derechos fundamentales se ha visto sometido a una evolución que ha llevado a que, una vez que las Constituciones adquieren eficacia jurídica vinculante, se incida sobremanera en su vertiente normativa. Así pues, se suele atribuir a los derechos fundamentales dos dimensiones: una subjetiva, desde la que la reflexión técnica tiene que ver con su articulación como derechos subjetivos, y otra objetiva. En relación con esta última faceta, se subraya que los derechos, en el constitucionalismo contemporáneo, son también Derecho objetivo.

El modo en el que el Tribunal Constitucional español ha desarrollado las implicaciones de este presupuesto, le ha llevado a hablar de derechos sin titular (Sentencia del Tribunal Constitucional 53/85) y de derechos que deben protegerse a pesar de la voluntad del titular (Sentencia del Tribunal Constitucional 120/90). Esta línea jurisprudencial supone, en gran medida, una filosofía política, alternativa a la liberal, que bien podemos llamar republicana¹⁷.

En el contexto del republicanismo, con los derechos ya no se trata de proteger la libertad entendida como ‘no-interferencia’, sino la libertad entendida como ausencia de dominación arbitraria. La nueva forma de ver los derechos permite superar dos de los presupuestos sobre los que se construye el liberalismo que han supuesto un obstáculo histórico en relación con el reconocimiento y protección de los derechos de los niños. Me refiero, fundamentalmente, a la separación tajante entre lo público y lo privado, así como a la concepción de los derechos como barreras frente a interferencias.

La distinción entre lo público y lo privado, en lo que nos interesa, se traduce frecuentemente en que las actuaciones sobre los niños forman parte del ámbito de privacidad y, por tanto, se consideran manifestaciones de la libertad jurídicamente protegida de los padres. Las ‘violaciones’ de derechos por parte de los padres quedan, desde esta dicotomía, fuera del ámbito de lo político. En buena medida, todavía hoy, la idea de que las relaciones entre padres e hijos están protegidas por el derecho a la intimidad de los padres, constituye un obstáculo para poner fin a los abusos y malos tratos a los que algunos niños se ven sometidos, en

¹⁶ RAZ, J., “The nature of rights”, *The morality of freedom*, Clarendon, Oxford, 1986, pg. 166.

¹⁷ BARRANCO AVILÉS, M.C., “El concepto republicano de libertad y el modelo constitucional de derechos fundamentales”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, nº XVIII, 2001, pp. 205-226.

una dinámica similar a la que tiene lugar en relación con la violencia de género¹⁸.

La concepción de los derechos como barreras frente a interferencias supone olvidar que los seres humanos no pueden desarrollar plenamente todas sus facultades si no es, precisamente, a partir de ciertas 'interferencias' de otros sujetos (padres, educadores, pareja, hijos...); y, lo que es especialmente relevante en el caso de los niños, que la ausencia de interferencias es compatible con la pervivencia de situaciones de dominación arbitrarias que no pocas veces suponen una amenaza, cuando no un obstáculo, para el desarrollo (recordemos que los padres disfrutaban de *potestad* en relación con los hijos)¹⁹.

Pero, además, en relación con esa polémica a la que se hacía referencia en el epígrafe anterior, los derechos dejan de verse exclusivamente como derechos subjetivos. Dado que los derechos se convierten en el

fundamento del orden público y de la paz social, desaparece, en relación con ellos, la tensión entre interés público e interés privado²⁰. De este modo, los derechos confieren a sus titulares la facultad de actuar las garantías dispuestas para la protección del bien jurídico subyacente, pero la obligación del Estado de salvaguardarlo no decae si el titular no tiene capacidad de actuar estas garantías y subsiste al margen de la voluntad del titular²¹.

Una vez explicitados estos presupuestos, paso a analizar las posibles explicaciones de la ausencia jurídica de los 'derechos de los niños'

3. LA IGUALDAD FORMAL Y LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS

Los 'derechos de los niños' no sólo están en gran medida ausentes del lenguaje de las normas jurídicas, además, su incorporación a la teoría de los derechos es relativamente reciente y ligada al proceso de especificación. Para la concepción liberal del Derecho y de los derechos antes delinada, el menor de edad es un incapaz²² y las consecuencias son, fundamentalmente de tipo patrimonial. El menor actúa en el tráfico económico por representación.

En este esquema, existe un único sujeto de derecho y la capacidad, en relación con la edad, se adquiere también en un momento concreto. Los derechos de los niños no existen, porque los derechos se atribuyen al hombre y al ciudadano.

El proceso de especificación supone

¹⁸ De hecho, y a propósito de los liberacionistas, señala FORTIN, J., *Children rights and the developing law*, Butterworths, London, 1998, p. 3 "provocan también una controversia y ansiedad considerables sobre cómo ponderar los derechos de los niños a una mayor libertad en relación con el derecho de los padres a la privacidad frente a interferencias del Estado". De algún modo, los derechos de los niños se representan como una amenaza para los derechos de los padres.

¹⁹ "Cuando una persona es libre en el sentido de la libertad negativa, está exenta de interferencias en las cosas que hace –exenta de coerción u obstrucción intencionadas–, y exención significa ausencia de interferencia. Cuando una persona disfruta de no-dominación, está exenta de interferencias arbitrarias en las cosas que hace, y exención significa aquí que otros son incapaces de interferirse en su camino. La restricción de que está hecha aquí la exención no es cualquier interferencia, sino la interferencia arbitraria. Y esta exención no se limita a implicar la ausencia de interferencia, sino la incapacidad de otros de ejercerla: se trata, si se quiere, de una segura ausencia de interferencia", PETTIT, PH., *Republicanismo. Una teoría sobre la libertad y el gobierno*, trad. T. Doménech, Paidós, Barcelona, 1999, p. 45.

²⁰ Por ejemplo, Sentencia del Tribunal Constitucional 159/86, de 16 de diciembre.

²¹ Sentencia del Tribunal Constitucional 53/85, de 11 de abril, fundamento jurídico séptimo.

²² FANLO, I., "Los derechos de los niños ante las teorías de los derechos. Algunas notas introductorias", en FANLO, I. (comp.), *Derechos de los niños. Una contribución teórica*, Fontamara, México, 2004, pp. 7-37, p. 8.

una diversificación en la titularidad de los derechos, que arranca de la toma de consideración de que la presencia de determinadas circunstancias convierte a la igualdad formal en un instrumento de exclusión.

Esta última afirmación nos sitúan en la necesidad de reflexionar sobre el sentido de la igualdad y sobre en qué medida los niños pueden considerarse 'iguales'. Una primera discusión tiene que ver con el carácter relacional de la igualdad, que nos lleva, con Bobbio a preguntarnos igualdad ¿entre quiénes? y ¿en qué?²³. Los niños pueden tener formalmente atribuidos los mismos derechos que los adultos, sin embargo, desde esta reflexión liberal, se trata de seres humanos incompletos, por cuanto no son autónomos. El carácter incompleto de los niños (como el de otros 'seres humanos' tales como las mujeres o los trabajadores dependientes) es una circunstancia fáctica que afecta a la posibilidad de que el derecho sea ejercido pero que, desde el modelo, resulta perfectamente coherente con la proclamación de la igualdad.

Ello se debe a que el predicado de la igualdad, desde estos presupuestos, asume un carácter exclusivamente formal. La igualdad es entendida, pues, como igualdad ante la ley y como igualdad de trato formal, es decir, como igualdad formal. La igualdad ante la ley se satisface mediante la generalidad de las leyes y la igualdad procesal y se asegura suficientemente, en el caso de los niños, mediante la representación.

Por otra parte, la igualdad formal exige la igualdad de trato, es decir, que los casos iguales en los aspectos relevantes reciban un mismo tratamiento por parte del Derecho. Este principio da lugar a la igualdad como equiparación y a la igualdad como diferenciación; es decir, impone, al mismo tiempo, el trato idéntico cuando las circunstancias desiguales no son relevantes, y el trato diferenciado cuando las circunstancias desiguales se consideren relevantes. La última situación es la que se produce en el caso de los niños. En la circunstancia relevante para la atribución de derechos, la mayoría de edad, no son iguales a los adultos, por ello no supone una excepción al principio de igualdad ni que los niños no puedan ejercer muchos de los derechos por sí mismos y ni que en relación con otros (como los derechos políticos) ni siquiera tengan conferida la titularidad.

Frente a este modo de ver la igualdad y los derechos, la igualdad material, es una exigencia de la justicia material que conecta con la reflexión que da lugar al Estado social y que justifica tratamientos diferentes en la existencia de diferentes necesidades que modulan el modo en el que los derechos formalmente concedidos pueden ejercerse. Sin embargo, esta comprensión del principio de igualdad no es compatible con los presupuestos del modelo.

4. LA REVISIÓN DEL MODELO LIBERAL Y LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS

Como se ha indicado, los procesos de generalización y de especificación suponen una revisión de ciertas presuposiciones del modelo liberal. Desde el punto de vista de la igualdad, el análisis de estos procesos nos exige diferenciar entre las desigualdades materiales y su posible tratamiento jurídico. Así pues, podemos encontrar desigualdades que son irrelevantes, desigual-

²³ BOBBIO, N., *Igualdad y libertad*, trad. P. Aragón, Paidós, Barcelona, 1993, p. 53, "la dificultad de establecer el significado decriptivo de "igualdad" estriba sobre todo en su indeterminación, de modo que decir que dos entes son iguales, sin otra determinación, nada significa en el lenguaje político, si no se especifica de qué entes se trata y respecto a qué cosa son iguales, es decir, si no se está en condiciones de responder a dos preguntas: a) "¿Igualdad entre quiénes?" y b) "¿Igualdad en qué?" "

dades que son relevantes para justificar un tratamiento diferenciado, desigualdades que deben ser eliminadas y desigualdades que son valiosas y, por tanto, han de ser protegidas.

El proceso de generalización significa, en gran medida, que ciertas circunstancias que antes se consideraban relevantes para justificar un trato formalmente diferenciado, dejan de serlo. Por ello una de las consecuencias más destacables de la generalización es la extensión del sufragio. Pero también supone el surgimiento de derechos que tienden a evitar esas circunstancias por considerar que producen desigualdades cuya pervivencia da lugar a que los seres humanos sean tratados como medios, por lo que, desde el punto de vista de la dignidad, deben ser eliminadas.

El proceso de especificación toma en cuenta circunstancias, que antes no se consideraban relevantes desde el punto de la igualdad, pero que suponen desigualdades materiales que afectan a la realización del ser humano y que, por tanto, deben tenerse en cuenta por el Derecho. Se trata de circunstancias, a veces incluso inevitables o hasta deseables, que afectan al ejercicio de los derechos formalmente reconocidos y cuya no consideración puede dar lugar a que los individuos que se encuentran en estas circunstancias no puedan ejercer igualmente los derechos formalmente reconocidos y puedan ser tratados como meros medios. En uno y otro caso, el proceso de especificación supone el surgimiento de nuevos derechos cuyo titular no es universal, sino que se confieren únicamente a los sujetos que se encuentran en las circunstancias, de uno u otro tipo, antes mencionadas.

El mayor impulso de los derechos de los niños ha venido de la mano del proceso de especificación. A diferencia de los nuevos derechos surgidos del proceso de generali-

zación, que siguen manteniendo la universalidad de la titularidad. Los que encuentran su punto de partida en el proceso de especificación son derechos específicos. El titular del derecho se diversifica, de modo que sujetos distintos, situados en circunstancias distintas, pueden tener también derechos diferentes. La idea que subyace a este modelo es la ruptura de la imagen del ser humano como equivalente al hombre propietario, tan presente en el expuesto en el apartado anterior, que se acompañaba de una idea homogénea de la dignidad. Dado que los derechos se construyen desde estos presupuestos, se atribuyen a los titulares que coinciden con el paradigma descrito y están orientados a salvaguardar ese modelo uniforme de dignidad que conduce a la noción de autonomía.

El proceso de especificación afecta a los derechos de los niños en gran medida. En primer lugar, porque los derechos de los niños no son ya derechos del adulto en el que un día se convertirá, sino derechos que tienen en cuenta, por un lado, las circunstancias específicas en las que viven los niños que pueden requerir el reconocimiento de derechos para la satisfacción de necesidades básicas²⁴ y, por otro, que los niños son dignos en tanto que niños (y no sólo en tanto que adultos en potencia) por lo que es necesario implementar derechos que tengan estas diferencias para evitar que los niños sean tratados como meros medios²⁵.

²⁴ Por ejemplo, el artículo 11.1 de la *Convención sobre los derechos del niño* de 1989, señala, "los Estados parte adoptarán medidas para luchar contra los traslados ilícitos de niños al extranjero y la retención ilícita de niños en el extranjero"

²⁵ Un ejemplo de este tipo de derechos lo encontramos en el derecho del niño a no ser separado de sus padres del artículo 9.1 o el derecho al juego, reconocido en el artículo 31.1 de la *Convención sobre los derechos del niño*.

La generalización, por el contrario, no ha tenido grandes repercusiones en el Derecho positivo que afecten a la configuración de los derechos de los niños. Tímidamente, se incorporan a las legislaciones nacionales referencias a la necesidad de tener en consideración la opinión del niño en determinadas decisiones que les afectan, pero en estas situaciones, la responsabilidad de determinar el grado de 'autonomía' del niño suele recaer sobre la persona que recibe el consentimiento que puede ser objeto de un control posterior. Por ejemplo, la Ley 41/2002, de 14 de Noviembre Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en Materia de Información y Documentación Clínica (B.O.E.. 15-12-2002), establece, en relación con el consentimiento informado en el ámbito sanitario, que el consentimiento de los menores de doce años se otorgará por representación, después de haber escuchado el representante la opinión del niño si tiene doce años cumplidos, y directamente por el menor si tiene los dieciséis o está emancipado. Sin embargo, existen una sentencia del Tribunal Supremo que condena por delito de homicidio a los padres de un niño de trece años que murió tras negarse a recibir una transfusión con contrariar este procedimiento sus convicciones religiosas. La decisión del Supremo fue posteriormente recurrida en amparo ante el Tribunal Constitucional que por la célebre Sentencia 154/2002, reafirma la titularidad de los niños del derecho de libertad religiosa y de culto (fundamento jurídico 9), considera que "Había en el menor unas convicciones y una consciencia en la decisión por él asumida que no podían ser desconocidas, ni por sus padres ni por la autoridad judicial" (fundamento jurídico 10), y finalmente otorga el amparo pero afirma "el reconocimiento excepcional de la capacidad del menor respecto de determinados actos ju-

rídicos, ..., no es de suyo suficiente para, por vía de equiparación, reconocer la eficacia jurídica de un acto –como el ahora contemplado– que, por afectar en sentido negativo a la vida, tiene, como notas esenciales, la de ser definitivo y, en consecuencia, irreparable". Señala también, el Tribunal Constitucional, que "no hay datos suficientes de los que pueda concluirse con certeza –y así lo entienden las Sentencias ahora impugnadas– que el menor fallecido, hijo de los recurrentes en amparo, de trece años de edad, tuviera la madurez de juicio necesaria para asumir una decisión vital, como la que nos ocupa. Así pues, la decisión del menor no vinculaba a los padres respecto de la decisión que ellos, a los efectos ahora considerados, habían de adoptar". En definitiva, no puede considerarse que los padres sean autores de un delito de homicidio, pero tampoco se afirma con rotundidad la necesidad de respetar la voluntad manifestada por el niño.

Me interesan, además, las excepciones a este régimen de mayoría de edad, como he dicho, situado en los dieciséis, que se refieren a la situación de grave riesgo, por un lado, y a la interrupción voluntaria del embarazo, la participación en Ensayos clínicos y en técnicas de reproducción asistida, por otro. Si se produce una situación de grave riesgo, el facultativo debe informar a los padres y tendrá en cuenta la opinión de éstos. En cuanto al consentimiento en relación con la interrupción voluntaria del embarazo, la participación en los ensayos clínicos y las técnicas de reproducción humana asistida el régimen de edad es el general de dieciocho años. Especialmente controvertidas desde el punto de vista del reconocimiento de los derechos de los niños son, creo, las previsiones en relación con la situación de grave riesgo y con la interrupción voluntaria del embarazo. En el primer caso, porque en lugar de tener en cuenta

qué hubiera dicho el menor en caso de poder hacerlo, se considera exclusivamente la opinión de los padres. En el segundo caso, que, además afecta a las niñas y no a los niños, no parece que el interés del menor requiera especiales garantías en cuanto al consentimiento que no afecten a otras situaciones sanitarias.

No obstante la escasa consideración que merece hoy por hoy la voluntad del menor, existen planteamientos que, desde la constatación de que las facultades del niño evolucionan²⁶, proponen un replanteamiento del límite de la mayoría de edad como dato fijo a los efectos de la atribución de determinados derechos. De modo significativo, esta reflexión afecta a los derechos políticos, pero también a la toma en consideración de su consentimiento, a la que acabo de referirme²⁷. En este caso, la crítica al modelo liberal tiene que ver, fundamentalmente con un replanteamiento de la imagen del titular de los derechos. De algún modo, se considera que el reconocimiento de derechos a los niños mantiene paralelismos con otros procesos que asumieron un carácter emancipatorio, como el producido en relación con las mujeres.

²⁶ LANSDOWN, G., *La evolución de las facultades del niño*, UNICEF, 2005.

²⁷ En este sentido, CAMPBELL, T., "Los derechos del niño en tanto que persona, niño, joven, futuro adulto", ob. cit., incide en la necesidad de tomar en cuenta la adolescencia como un período de la existencia humana diferente de la niñez, pero también de la vida adulta, y muestra cómo "es difícil verle algún sentido, por lo que respecta a las capacidades e intereses, a las extensas y variadas limitaciones de que son objeto las libertades y facultades del adolescente... parece claro que estas restricciones variables tienen poco que ver con las capacidades adolescentes y mucho con los deseos de la gente de más edad por tratar de solucionar los problemas de seguridad en el tráfico, formación industrial, delincuencia o control de la reproducción".

5. EL PARADIGMA DE LA DIGNIDAD COMO AUTONOMÍA Y LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS

En definitiva, cuando los derechos se hacen depender de la agencia moral, nos encontramos con fuertes obstáculos teóricos para conferir derechos a los niños en tanto en cuanto no se les pueda considerar agentes. Desde este punto de vista, los derechos positivos que puedan atribuírseles, no están justificados por derechos morales. Antes bien, el fundamento de estos derechos estará constituido por obligaciones de otros sujetos.

Este modelo de derechos humanos se asocia con un cierto tipo de liberalismo. Los derechos morales protegen el ejercicio de la autonomía moral, por tanto, sólo tiene sentido atribuírseles a los sujetos moralmente autónomos. Por otro lado, forma parte de los presupuestos de estas teorías la idea de que el ejercicio de los derechos ha de ser disponible por su titular, dado que, de ningún modo se pueden justificar interferencias en la libertad de los agentes morales que no estén orientadas a evitar el daño a terceros²⁸. Algunos autores que parten de esta concepción de los derechos, sin embargo, reflexionan sobre la posibilidad de atribuir derechos a algunos niños que, precisamente, han alcanzado un nivel de autonomía equiparable al de los adultos. En cierto modo, el reconocimiento de la agencia queda condicionado a los estudios científicos sobre los procesos de adquisición de capacidades por parte de los niños, que por otro lado, pueden variar en los distintos escenarios culturales y económicos.

Realmente, las tesis liberacionistas no parten de una distinta comprensión del signi-

²⁸ Critica CAMPBELL, T., "Los derechos del niño en tanto que persona, niño, joven, futuro adulto", ob. cit., p. 128, la incompatibilidad que este tipo de teorías establecen entre los derechos y el paternalismo.

ficado de los derechos de los niños en relación con lo ya dicho. También para los liberacionistas los niños son sujetos de derecho en la medida en que seamos capaces de identificar en ellos los rasgos que hacen que los adultos lo sean, es decir, en la medida en que seamos capaces de justificar su 'autonomía' entendida como capacidad de elegir y de responder por la opción efectuada.

La concepción de los derechos subyacente sigue siendo la teoría de la voluntad en su versión material y podríamos reiterar los inconvenientes asociados a esta teoría, pero me quiero fijar aquí en otro argumento, que por otro lado encontramos presente en la defensa de MacCormick de la teoría del interés²⁹, y que lleva a rechazar la teoría de la voluntad por reducción al absurdo. En realidad, condicionar la titularidad de derechos morales al reconocimiento de la responsabilidad, contradice el lenguaje en el que nos expresamos y nuestras intuiciones morales.

Efectivamente, si los niños adquieren los derechos en la medida en que progresan sus capacidades, hasta que alcanzan un nivel suficiente de desarrollo sólo podemos justificar su protección (que no sus derechos) sobre la base de la imposición de deberes a otros sujetos, es decir, hasta entonces deberíamos hablar más bien de deberes para con los niños³⁰.

Por otro lado, equiparar la cualidad moral de los niños pequeños (y, podríamos decir, de las personas que no consigan alcanzar el nivel requerido de autonomía) a los bienes de interés general o al medio ambiente, contradice nuestras intuiciones morales. En un contexto en el que las teorías morales se

basan en derechos y en los que la atribución de derechos supone ofrecer un argumento que queda fuera del cálculo de intereses, los niños han de tener derechos. Si una teoría no es capaz de dar cuenta de ello, se puede coincidir una vez más con MacCormick en que la teoría no es adecuada.

Por fin, a partir de los datos del Derecho positivo, conviene recordar que desde esta comprensión de los derechos, algunos de los reconocidos en la *Convención sobre los derechos del niño*, como el antes referido derecho al juego, no serían 'derechos morales'.

En esta publicación se recogen las ponencias presentadas al Seminario sobre "El Derecho y los Derechos de los niños", celebrado en la Universidad de Alcalá en noviembre de 2006. Fue organizado por *Save the Children* y *Cátedra sobre Democracia y Derechos Humanos de la Universidad de Alcalá* y el *Defensor del Pueblo*, con la colaboración del *Defensor del Menor en la Comunidad de Madrid* y el patrocinio del *Instituto Madrileño del Menor y la Familia*, que ha asumido también la edición del presente volumen.

El encuentro se estructuró en tres bloques, uno de tipo teórico, en el que se reflexionó sobre los modelos posibles de representación del niño y sobre los retos que al Derecho de los niños se plantean en el escenario socioeconómico contemporáneo, marcado por la globalización. En un segundo bloque tuvimos ocasión de discutir sobre algunos de los instrumentos y mecanismos jurídicos relativos a los menores. Por fin, se presentaron algunos de núcleos problemáticos en torno a los derechos de los niños: inmigración y procesos de separación y divorcio.

Puede verse, en las distintas ponencias, así como en los textos que se enumeran en el anexo, como el principio jurídico básico en relación con el tratamiento de los niños sigue siendo la protección.

²⁹ MACCORMICK, N., "Los derechos de los niños: una prueba para las teorías del derecho", ob. cit., pp. 129-137.

³⁰ Ver los argumentos ya citados de O'NEIL, O., "Los derechos de los niños y las vidas de los niños", ob. cit.